

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

LUANA PAU BRASIL FERREIRA XAVIER

Rio de Janeiro

2019/2

LUANA PAU BRASIL FERREIRA XAVIER

COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.**

Rio de Janeiro

2019/2

CIP - Catalogação na Publicação

XX3c Xavier, Luana Pau Brasil Ferreira
 Colaboração Premiada à Luz da Teoria dos Jogos /
 Luana Pau Brasil Ferreira Xavier. -- Rio de
 Janeiro, 2019.
 59 f.

 Orientador: Antônio Eduardo Ramires Santoro.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

 1. Colaboração Premiada. 2. Teoria dos Jogos. 3.
 Operação Lava Jato. I. Santoro, Antônio Eduardo
 Ramires, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

LUANA PAU BRASIL FERREIRA XAVIER

COLABORAÇÃO PREMIADA À LUZ DA TEORIA DOS JOGOS

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.**

Data da Aprovação: / / .

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019/2

RESUMO

O instituto da colaboração premiada, mecanismo da Justiça Penal Negocial, está em vertiginosa expansão na realidade processual brasileira. Tal quadro fático torna-se alarmante, na medida em que se identificam incongruências do referido instituto com o ordenamento jurídico pátrio. Nesse contexto, torna-se relevante compreender esse fenômeno, a fim de que se busque harmonizar as incompatibilidades que guarda com o devido processo legal. O objetivo do presente trabalho foi compreender o instituto da colaboração premiada à luz da Teoria dos Jogos, que busca entender a interação estratégica entre os tomadores de decisão racionais; bem como verificar a legalidade do instituto. Para tanto, a metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica e a pesquisa documental.

Palavras-chave: Colaboração Premiada; Teoria dos Jogos; Operação Lava Jato.

ABSTRACT

The institute of rewarded collaboration, a mechanism of the Negotiating Criminal Justice, is in vertiginous expansion in the Brazilian procedural reality. This factual picture becomes alarming, as the inconsistencies of the institute with the national legal system are identified. In this context, it is important to understand this phenomenon, in order to try to harmonize the incompatibilities that it keeps with the due legal process. The objective of the present study was to understand the institute of collaboration awarded in the light of Game Theory, which seeks to understand the strategic interaction between rational decision makers; as well as to verify the legality of the institute. Therefore, the methodology applied was the bibliographical research and documentary research.

Keywords: Rewarded collaboration; Game theory; “Operação Lava Jato”.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. COLABORAÇÃO PREMIADA.....	11
1.1. A Justiça Criminal Negocial.....	11
1.2. Conceito e Divergência Denominativa.....	11
1.3. O Instituto na Legislação Brasileira.....	12
1.3.1. Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90).....	13
1.3.2. Lei 9.080/95.....	13
1.3.3. Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98).....	13
1.3.4. Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/99).....	14
1.3.5. Lei Antidrogas (Lei 11.343/06).....	15
1.3.6. Lei de Organizações Criminosas (Antiga Lei 9.034/95 e Atual Lei 12.850/2013).....	15
1.4. Natureza Jurídica.....	16
1.5. Pressupostos de Admissibilidade e Requisitos de Validade.....	16
1.6. Procedimento.....	19
1.7. Críticas.....	22
1.7.1. Problema Ético.....	22
1.7.2. Tratamento Igualitário Como Regra de Justiça.....	22
1.7.3. Princípio da Não Culpabilidade e/ou Presunção de Inocência.....	23
1.7.4. Direito ao Silêncio e Direito à Não Autoincriminação.....	23
1.7.5. Princípio do Contraditório.....	24
1.7.6. Imparcialidade da Jurisdição.....	25
1.7.7. Problema da Colaboração Premiada do Imputado Preso.....	26
1.7.8. Problema da Verdade.....	27
2. TEORIA DOS JOGOS E SUA APLICAÇÃO À COLABORAÇÃO PREMIADA	29
2.1. Teoria dos Jogos.....	29
2.1.1 Aspectos Gerais.....	29
2.1.2. O Dilema do Prisioneiro.....	30
2.2. Teoria dos Jogos Aplicada à Colaboração Premiada.....	32
2.2.1. Elementos da Colaboração Premiada à Luz da Teoria dos Jogos.....	33

2.2.1.1. Os Jogadores	33
2.2.1.2. As Regras (Negociais) do Jogo	35
2.2.1.3. As Recompensas dos Jogadores	37
2.2.1.4. As Táticas e Estratégias dos Jogadores	39
2.2.2. Momento Pós Homologação.....	422
2.2.2.1. Retratação dos Termos do Acordo de Colaboração	422
2.2.2.2. Rescisão da Delação Premiada Pelo Descumprimento	422
3. ASPECTOS PRÁTICOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA.....	44
3.1. Operação Lava Jato.....	44
3.1.1. Dados Quantitativos MPF.....	44
3.1.2. Caso Joesley Batista.....	45
3.2. Posicionamentos Recentes STF.....	50
3.2.1. MCMS 34.381.....	50
3.2.2. HC 127.483.....	51
3.2.3. HC 166373.....	52
3.2.4. AP 1003/DF.....	53
3.2.5. PET 7074.....	53
CONCLUSÃO.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

INTRODUÇÃO

Nunca antes na história deste país falou-se tanto em "colaboração premiada". O referido instituto ganhou notoriedade no cenário midiático impulsionado pelo clamor social de combate à corrupção, posto que se revelou importante meio de obtenção de prova nos “crimes de colarinho branco”. Nesse sentido, conteúdos de colaborações foram amplamente divulgados pela mídia, nos recentes desvendamentos de esquemas de corrupção na política brasileira, no bojo do “Mensalão e, principalmente, no da "Operação Lava Jato".

Num primeiro momento, imperioso destacar que a colaboração premiada é um dos mecanismos da justiça criminal negocial, modelo de resolução de conflitos cada vez mais presente na realidade brasileira. Trata-se de modelo pautado no consenso entre ambas as partes do processo penal (acusação e defesa), no qual o réu afasta-se de sua posição de resistência, conformando-se à acusação, em troca de benefício (como a redução da pena).¹

Já no que se refere à “colaboração premiada”, propriamente dita, consiste na possibilidade de concessão de “prêmios” ao investigado, indiciado, acusado ou condenado que, admitindo, de forma voluntária, a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime. Em outras palavras, é um acordo entre acusador e defesa, no qual o réu auxilia na persecução penal em troca da redução das consequências sancionatórias de sua conduta delitiva.²

Nesse contexto, é inegável que a colaboração premiada está em vertiginosa expansão na prática processual penal brasileira, pelo que, dada a atualidade da temática, torna-se relevante seu estudo. Dessa forma, pretende-se na presente monografia, de forma não exaustiva, analisar o referido instituto.

Para tanto, será utilizada a ferramenta da Teoria dos Jogos, que, em linhas gerais, consiste na interação entre tomadores de decisões individuais, todos eles com um propósito em vista, cujas decisões têm implicações para outras pessoas, o que torna as decisões estratégicas. Por

¹ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 23-26.

² VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 60-62.

meio da referida teoria, portanto, pretende-se compreender a interação estratégica entre os tomadores de decisão racionais, no contexto da colaboração premiada.

Assim, propôs-se no primeiro capítulo, debruçar-se sobre a colaboração premiada, propriamente dita, abordando noções conceituais, um panorama do instituto na legislação brasileira, a discussão acerca de sua natureza jurídica, seus pressupostos de admissibilidade e requisitos de validade, o procedimento para sua aplicação e incongruências que guarda com o devido processo legal.

Já no segundo capítulo, proceder-se-á à interpretação do instituto da colaboração premiada, por meio da Teoria dos Jogos, referencial teórico do presente trabalho. Num primeiro momento, serão abordados aspectos gerais da referida teoria, bem como seu exemplo clássico, qual seja o dilema do prisioneiro, que apesar de não ter sido originalmente formulado para tratar de questões criminológicas, pode muito bem ser utilizado para a compreensão da colaboração premiada.

Num segundo momento, a Teoria dos Jogos será aplicada à delação premiada e serão analisados os elementos do campo negocial da colaboração, quais sejam, os jogadores, as regras do jogo, as táticas e estratégias e as recompensas. Também será observada a possibilidade de arrependimento pós homologação do acordo. Para tanto, será utilizada principalmente a obra de Rosa (2018)³.

Por fim, no terceiro capítulo, ainda sob a ótica da supramencionada Teoria, será feita análise, no âmbito da Operação Lava Jato, do caso Joesley Batista. Serão avaliados também dados quantitativos do instituto, bem como alguns posicionamentos recentes do STF acerca da temática e outros aspectos práticos da colaboração premiada.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica - por meio da leitura das obras dos principais doutrinadores do tema, bem como de artigos e outros meios de informação em periódicos (revistas, boletins, jornais), além de sites da internet – e a pesquisa documental,

³ ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018

através de documentos, tais como leis, jurisprudências e acordo de colaboração (no caso o celebrado com Joesley Batista).

1. COLABORAÇÃO PREMIADA

1.1. A Justiça Criminal Negocial

Inicialmente, imperioso destacar que a justiça criminal negocial se trata de modelo pautado no consenso entre ambas as partes do processo penal (acusação e defesa), no qual o réu afasta-se de sua posição de resistência, conformando-se à acusação, em troca de benefício (como a redução da pena). A justiça criminal consensual é tida como um mecanismo facilitador da persecução penal, sendo relacionada a um discurso de concretização do poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso.⁴

O direito penal negocial encontra sua referência maior na Lei 9.099/1995, que, por meio de “microssistemas”, regula as infrações de menor potencial ofensivo (contravenções e crimes com pena abstrata máxima de até dois anos), marcada pelos institutos da composição civil dos danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo.⁵ Nas palavras de Santos (2017):

“A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são negócios jurídicos processuais despenalizadores, ao passo que a colaboração premiada embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a condenação do maior número de agentes, inclusive do colaborador.”⁶

Nesse contexto, no presente trabalho, será analisado o instituto da colaboração premiada, que é um dos mecanismos da justiça criminal negocial.

1.2. Conceito e Divergência Denominativa

O instituto da “colaboração premiada” ou “delação premiada” consiste em um benefício concedido ao investigado, indiciado, acusado ou condenado que, admitindo, de forma voluntária, a participação no delito, fornece às autoridades informações eficazes, capazes de contribuir para a resolução do crime. Em outras palavras, é um acordo entre acusador e defesa,

⁴ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 23-26.

⁵ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 28-29.

⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 31.

no qual o réu auxilia na persecução penal em troca da redução das consequências sancionatórias de sua conduta delitiva.⁷

Cabe ressaltar, no que tange à nomenclatura do instituto, que muito se discute acerca da adequação e aplicabilidade do uso dos termos “delação” e/ou “colaboração” premiada. Tal discussão ganhou força após o advento da Lei 12.850/2013, que trouxe o instituto sob a denominação de “colaboração premiada”, fomentando, inclusive, a interpretação de que “delação” seria espécie de “colaboração”.

Nesse âmbito, os defensores do termo “delação premiada”, tais como Bittencourt e Busato (2014 *apud* Vasconcellos, 2018, p. 65), advogam a idéia, segundo a qual, a mudança para “colaboração premiada” consistiria numa tentativa de disfarçar a conotação antiética, com o objetivo de que o agente seja tido como colaborador da justiça e não como traidor.

Por outro lado, os defensores do termo “colaboração”, tais como Pereira (2016 *apud* Vasconcellos, 2018, p. 65), sustentam ser esta a nomenclatura mais adequada, visto que é a utilizada na Lei de Combate às Organizações Criminosas. Defendem ainda que “delação” traz carga negativa de cunho ideológico e ético ao instituto, não transmitindo sua função, que seria auxiliar na investigação.

Apesar da discussão doutrinária, mister salientar que, no presente trabalho, os termos serão empregados como se sinônimos fossem.

1.3. O Instituto na Legislação Brasileira

O ordenamento jurídico brasileiro não traz critérios e regramentos uniformes, no Código Penal ou Código de Processo Penal, que normatizem e padronizem a colaboração premiada. Tal cenário fático dificulta a uniformização do procedimento para a concessão do prêmio, posto que o instituto encontra-se previsto em diversos dispositivos, em leis esparsas; que passaremos a analisar.

⁷ VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Colaboração Premiada no Processo Penal*. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 60-62.

1.3.1. Lei de Crimes Hediondos (Lei 8.072/90)

O mecanismo negocial, da maneira que conhecemos hoje, foi introduzido na legislação brasileira pela Lei 8.072/90, que em seu art. 8º, parágrafo único, assim dispõe: “o participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

Ademais, acrescentou o § 4º ao Art. 159 do CP: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Importante destacar, no contexto do instituto premial, que o enfoque do legislador era adstrito à visão material, sem qualquer preocupação com sua delimitação procedimental ou suas consequências processuais.⁸ Esse panorama é modificado com o advento da Lei 12.850/13, que veremos adiante.

1.3.2. Lei 9.080/95

Em 1995 foi promulgada a Lei 9080, que ampliou o âmbito de aplicabilidade da colaboração premiada ao inserir dois dispositivos em outros diplomas, quais sejam: i) o § 2º do art. 25 da Lei 7.492/86 (Crimes Contra o Sistema Financeiro) e, ii) o parágrafo único do art. 16 da Lei 8.137/90 (Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Relações de Consumo). Ambos os dispositivos continuam em vigência atualmente e passaram a dispor idêntica redação: “nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”.

1.3.3. Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98)

A ampliação das possibilidades de benefícios ao colaborador se deu com a promulgação da Lei 9.613/98 (Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro). As legislações anteriores restringiam

⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op.Cit., pág. 78.

o prêmio à redução da sanção penal de um a dois terços, contudo, a Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, em seu § 5º do art. 1º assim prevê:

“A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

Outras inovações trazidas por meio da nova redação dada pela Lei 12.683/12 à Lei 9.613/98 foram a possibilidade de concessão do benefício “a qualquer tempo” e a ampliação das hipóteses de cabimento da colaboração premiada, que passaram a ser: i) esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, ii) identificação dos autores, coautores e partícipes, iii) localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.⁹

1.3.4. Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei 9.807/99)

O instituto da colaboração premiada está previsto na Lei 9.807/99 em seu capítulo II, isto é, nos artigos 13, 14 e 15. Uma das inovações trazidas pela Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas foi a possibilidade do perdão judicial (art. 13, caput e parágrafo único) como prêmio ao agente delator.

Outra inovação foi a previsão de medidas de segurança e proteção do colaborador, no art. 15, que assim dispõe:

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

§ 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos.

§ 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei.

§ 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados.

⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op.Cit., pág. 79.

1.3.5. Lei Antidrogas (Lei 11.343/06)

A Lei 11.343/06 em seu artigo 41 assim dispõe:

“O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

Conforme extrai-se do dispositivo aqui ainda temos o enfoque do legislador na perspectiva material da colaboração premiada.

1.3.6. Lei de Organizações Criminosas (Antiga Lei 9.034/95 e Atual Lei 12.850/2013)

A Lei 9.034/95 assim previa em seu artigo 6º: “nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria”. Aqui, mister salientar que o referido dispositivo consagrava a espontaneidade como elemento da colaboração premiada. No entanto, a Lei 12.850/13 revogou expressamente tal disposição.

No que se refere ao elemento da espontaneidade, Nucci (2006) pontua: “a delação não exige arrependimento, nem espontaneidade, podendo ser utilizada exclusivamente para o recebimento do prêmio.”¹⁰

A Lei 12.850/2013 também inovou ao trazer o viés processual da colaboração premiada. Nesse sentido, em sua seção I (artigos 4, 5, 6 e 7), bem como em diversos parágrafos explicativos, o legislador trouxe o regime procedimental a ser seguido para aplicação do instituto negocial em questão no combate às organizações criminosas. No que concerne ao procedimento da delação premiada, ver item 1.5. deste trabalho.

¹⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 12ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

1.4. Natureza Jurídica

Conforme assentado pelo STF (HC 127.483), a colaboração premiada tem natureza jurídica de meio de obtenção de prova. Tal quadro fático acomoda-se na seguinte tese:

“por expressa determinação legal (art. 3º, I da Lei nº 12.850/13), é um meio de obtenção de prova, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal)”.¹¹

Ainda no julgamento do HC 127.483 o STF firmou entendimento segundo o qual apesar do acordo de colaboração premiada ser considerado meio de obtenção de prova, isto é, canal para chegada às provas (não se constitui prova por si só), o depoimento do delator consiste em meio de prova. Nesse sentido, colaciono trecho do julgado:

“Outrossim, o acordo de colaboração não se confunde com os depoimentos prestados pelo agente colaborador. Enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, que somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova”.¹²

Nesse âmbito, é importante destacar que o conteúdo do depoimento do delator não é prova por si só eficaz para lastrear uma eventual condenação, nos termos da Lei 12.850/2013, que expressamente dispõe: “*nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador*” (art. 4º, § 16). São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.5.2016).

1.5. Pressupostos de Admissibilidade e Requisitos de Validade

Os pressupostos de admissibilidade são “critérios que determinarão se a colaboração premiada pode ou não ser proposta, aceita e homologada”¹³. Tais critérios são classificados em: (i) adequação/idade; (ii) necessidade; e, (iii) proporcionalidade.

¹¹ STF, HC 127.483/PR, Plenário, rel. Ministro Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 18. Assim também em: STF, Inq. 4.130 QO/PR, Plenário, rel. Min. Dias Toffoli, j. 23.09.2015. p. 55-58; STF, PET 5700, Min. Celso de Mello, j. 22.09.2015.

¹² STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015. p. 10

¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op.Cit., pág. 129.

O pressuposto da adequação/idade estabelece que deve haver congruência, isto é, “uma relação direta entre o meio empregado e o fim a ser perseguido que ressalte a efetiva contribuição que pode por ele ser obtida”.¹⁴ Traduz-se, portanto, na potencialidade da colaboração, por meio de uma análise que indique se há probabilidade da persecução penal ser beneficiada com o conteúdo abordado na delação. Nas palavras de Lauand (2008 *apud* Vasconcellos, 2018, p. 132):

“(...) deverá ser analisado, na mesma oportunidade, se a colaboração processual é relevante e pertinente no caso concreto. As declarações devem contribuir para a apuração dos eventos investigados e da autoria, sendo que de nada servirão se versarem sobre fatos já conhecidos, ou se não tiverem relação com o processo.”

No que concerne ao segundo pressuposto, Vasconcellos (2018) sugere que a necessidade da colaboração premiada seja avaliada com base em duas variáveis, quais sejam: a) indispensabilidade para a persecução penal; e, b) complexidade da investigação no caso concreto.

Acerca da primeira variável, o autor sustenta que o mecanismo negocial da delação deve ter caráter de subsidiariedade, ficando restrito às hipóteses nas quais seja indispensável para a persecução penal. Isso porque os institutos consensuais são prejudiciais ao sistema criminal, de maneira ampla, na medida em que flexibilizam/relativizam direitos fundamentais e elementos essenciais do processo penal clássico.

No que concerne à segunda variável, o autor aduz que a delação premiada somente se justificaria diante da complexidade de uma investigação, em casos que os meios ordinários da persecução penal não fossem suficientes. Nas palavras de Mendonça (2013 *apud* Vasconcellos, 2018, p. 137), a colaboração premiada encontraria suporte em cenários nos quais “não há testemunhas presenciais e as únicas pessoas que podem fornecer informações são os próprios envolvidos”.

Dessa forma, Vasconcellos (2018) aduz que o acordo somente poderá ser proposto nos casos em que o proponente exaustivamente justifique sua decisão, com base na

¹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op.Cit., pág. 132.

indispensabilidade da delação premiada para a persecução penal, em decorrência da complexidade específica da investigação.

O terceiro pressuposto de admissibilidade consiste na verificação da proporcionalidade na utilização da medida. Trata-se de juízo de sopesamento, no qual pondera-se os potenciais resultados, as relativizações de direitos fundamentais e as circunstâncias do caso concreto. No bojo da Operação Lava Jato, o STF afirmou que:

“o interesse público é atendido com a presente proposta tendo em vista a necessidade de conferir efetividade à persecução criminal de outros suspeitos e ampliar e aprofundar, em todo o País, as investigações de crimes contra a Administração, contra o Sistema Financeiro Nacional, crimes de lavagem de dinheiro, entre outros (...)” (Pet 5.120 STF; Pet 5244 STF; Pet 6.138 STF).

Os requisitos que condicionam a validade do acordo, por sua vez, são: (i) voluntariedade; (ii) inteligência; e, (iii) adequação/exatidão. Acerca dos requisitos de validade, o STF assentou o seguinte entendimento:

“o acordo de colaboração somente será válido se: i) a declaração de vontade do colaborador for a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade e d) deliberada sem má-fé; e ii) o seu objeto for lícito, possível e determinado ou determinável”¹⁵

Pelo requisito da voluntariedade, em síntese, entende-se a verificação, no caso concreto, da liberdade do agir do colaborador, isto é, se o desejo de colaborar do delator nasceu de sua própria autodeterminação. Nas palavras de Santos (2017) “o requisito da voluntariedade se resume à exigência de que a aceitação do acusado não seja fruto de ameaças ilegais ou abusivas, violência física ou de promessas falsas ou indevidas elaboradas pela promotoria.”¹⁶

Já o requisito da inteligência, conforme pontua Santos (2017) consiste na “higidez mental do acusado, de modo que possa racionalmente compreender o significado e os desdobramentos da declaração de culpa.”¹⁷ Em linhas gerais, trata-se da verificação da consciência do delator, avaliando se, no caso concreto, tem pleno entendimento do conteúdo e das consequências do pacto que está celebrando.

¹⁵ STF, HC 127.483/PR, Tribunal Pleno, rel. Min Dias Toffoli, j. 27.08.2015, p. 32.

¹⁶ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 43.

¹⁷ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. 2ª edição. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 43-44.

Por fim, o requisito da adequação/exatidão, resumidamente, consiste na verificação da justa causa do acordo. Isto é, se no caso concreto o acordo está amparado por um suporte probatório mínimo, que legitime e autorize sua realização.¹⁸

1.6. Procedimento

A Lei 12.850/2013 inovou ao trazer o regime procedimental para a celebração do acordo de colaboração premiada.

Num primeiro momento, cabe destacar que a colaboração premiada pode ocorrer nas diversas etapas da persecução penal (art. 3º, I, da Lei 12.850/13), isto é, desde a investigação preliminar até a execução penal, após o trânsito em julgado da condenação (art. 4º, § 5º da Lei 12.850/13). Em outras palavras, o acordo pode acontecer em qualquer momento e, por isso, a delação pode ser pré-processual, processual ou pós-processual.

No entanto, por esse não ser esse o objeto principal do presente estudo, apenas abordaremos o procedimento “padrão”, que tem sido a regra nos acordos firmados no bojo da operação Lava Jato, procedimento esse que se desenvolve em quatro fases, quais sejam: *i)* negociação; *ii)* formalização/homologação; *iii)* colaboração efetiva e produção de prova; e, *iv)* sentenciamento e concretização do benefício.¹⁹

A primeira fase, da “negociação”, nos termos do disposto no art. 4º, § 6º da Lei das Organizações Criminosas, ocorre “*entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor*”.

Nas palavras de Borges de Mendonça, “os atos de negociação incluem todos os contatos e tratativas, desde o contato inicial até a formalização do acordo”.²⁰ É nesse momento que o agente colaborador traz as informações que, caso efetivamente colaborem para a persecução

¹⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op.Cit., pág. 160.

¹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op.Cit., pág. 200.

²⁰ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). Revista Custos Legis, vol. 04, op. cit. p. 12.

penal, serão causa do abrandamento ou, até mesmo, da extinção de sua pena. Mister salientar que a fase da negociação será melhor abordada no capítulo seguinte, por se tratar de ótimo meio para aplicação da Teoria dos Jogos.

É importante ressaltar, ainda no que tange às negociações, com fulcro no § 6º do art. 4º da Lei 12.850/13, que não é permitida a participação do juiz, para que seja assegurada sua imparcialidade. O primeiro contato do magistrado com os termos do acordo somente ocorre durante o momento da homologação, que veremos adiante.

Na segunda fase da colaboração premiada, “formalização e homologação”, há a formalização do acordo, que, após consenso das partes, é encaminhado ao julgador para homologação.

A formalização ocorre, a teor do disposto no art. 6º da Lei 12.850/13, por meio da redução à escrito do termo do acordo de colaboração premiada, que deve conter “I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário”.

Como explica Borges de Mendonça, a sistemática escrita trouxe vantagens, visto que “i) traz maior segurança para os envolvidos; ii) estabelece com maior clareza os limites do acordo; iii) permite o consentimento informado do imputado, assegurando a voluntariedade; iv) dá maior transparência e permite o controle não apenas pelos acusados atingidos, mas do magistrado, dos órgãos superiores e pela própria população em geral”.²¹

Ademais, nos termos do disposto no art. 4, § 7º da Lei 12.850/13, “realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade,

²¹ MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). Revista Custos Legis, vol. 04, op. cit. p. 16.

legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

Cabe destacar, conforme dispositivo legal supramencionado, que, após a formalização do acordo, o termo escrito é remetido ao juiz para que este verifique os aspectos formais, tais como seus pressupostos e requisitos. Não há, nesse momento, julgamento de mérito ou qualquer valoração concreta acerca das declarações do delator. Nesse sentido, colaciono julgado do STF:

“a homologação judicial do acordo de colaboração premiada não significa, em absoluto, que o juiz admitiu como verídicas ou idôneas as informações eventualmente já prestadas pelo colaborador e tendentes à identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa e das infrações por ela praticadas ou à revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa”.²²

Na terceira fase, da “colaboração efetiva e produção de prova”, ocorre a execução do acordo, na qual o agente colaborador põe em prática sua contribuição e dá início ao cumprimento das cláusulas do acordo. É nessa fase que inicia-se a produção dos elementos incriminatórios que serão utilizados contra os indivíduos delatados.

A quarta fase, “sentenciamento e concretização do benefício”, é marcada por ser o segundo momento de atuação direta do julgador. Nela, ocorre a apreciação do mérito, isto é, análise da efetividade da colaboração prestada, com o intuito de fixar o prêmio a ser concedido ao delator.

Mister salientar que o magistrado fica vinculado aquilo que foi homologado no acordo. Ou seja, caso verifique que as cláusulas do termo de acordo foram cumpridas pelo agente colaborador, deve o juiz conceder o benefício. No que se refere à vinculação do julgador ao acordo homologado, importante destacar que fica vinculado ao mínimo do benefício a ser concedido, podendo, portanto, o prêmio ser maior em relação aquele fixado quando da homologação. Um exemplo disso consiste na hipótese de o conteúdo da colaboração ser mais efetivo do que o anteriormente esperado.

²² STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 38.

1.7. Críticas

O instituto jurídico da colaboração premiada foi importado de matriz teórica diversa, qual seja, da *common law*. Ocorre que, as devidas adaptações não foram em sua totalidade realizadas, sendo necessário que se “tropicalize” o instituto²³. Dessa forma, a colaboração premiada guarda incongruências com o devido processo legal brasileiro, na medida em que o direito a defesa é mitigado, garantias são flexibilizadas e o processo penal acusatório não acontece da maneira que deveria acontecer. Muitas são as críticas a esse modelo criminal negocial, algumas delas passaremos a analisar:

1.7.1. Problema Ético

A eficiência do dispositivo da delação premiada está pautada na instauração da desconfiança. Rosa²⁴ destaca que o amigo/parceiro pode vir a ser o delator de amanhã. Nesse cenário, surge o problema ético, ante à postura de incentivo a atitudes tidas como imorais, ao envolver a possibilidade da concessão de prêmio pela traição de um acusado diante dos demais.²⁵

1.7.2. Tratamento Igualitário Como Regra de Justiça

A concessão de benesse ao acusado que, admitindo participação no delito, fornece informações que efetivamente contribuam para a resolução do crime²⁶ consiste em violação ao tratamento igualitário como regra de justiça, na medida em que possibilita oferecimento de benefício a um acusado, em detrimento dos outros, ou seja, imposição de sanção distinta a indivíduos que cometeram idêntico delito.²⁷

²³ ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 19-20.

²⁴ ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 16.

²⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op.Cit., pág. 43.

²⁶ Manual de Colaboração Premiada do ENCCLA

²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op.Cit., pág. 42.

1.7.3. Princípio da Não Culpabilidade e/ou Presunção de Inocência

O Princípio da Não Culpabilidade, disposto no art. 5º, LVII da CF/88, prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. De igual modo, a Presunção de Inocência, prevista no art. 8, n.2 da CADH, dispõe que “toda pessoa é presumidamente inocente até a prova legal de culpa”.

No âmbito da colaboração premiada cabe ressaltar o corolário da distribuição do ônus da prova. A presunção de inocência impõe a carga probatória integralmente à acusação, ou seja, não cabe ao acusado provar que é inocente, mas sim ao acusador provar a responsabilidade penal daquele que está acusando.

Ocorre que, na delação premiada, há uma grave inversão do ônus da prova, na medida em que transfere-se a carga probatória da acusação para o acusado, que, se quiser ver sua pena minimizada, deve produzir prova contra si mesmo e contra outrem.

1.7.4. Direito ao Silêncio e Direito à Não Autoincriminação

O direito ao silêncio previsto constitucionalmente no art. 5, LXIII, bem como no Pacto San José da Costa Rica, no art. 8, n. 2, g, deriva do direito à ampla defesa (art. 5, LV da CF/88) e consiste numa autodefesa negativa do acusado. O direito ao silêncio implica na vedação à autoincriminação, isto é, para além do direito de permanecer calado, o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Ocorre que, na colaboração premiada, tal direito é mitigado, na medida em que para a obtenção do prêmio, o agente colaborador deve prestar informações que efetivamente contribuam para o desvendamento da trama delituosa, admitindo sua participação nesta.

Tal renúncia ao direito ao silêncio, no âmbito da delação premiada, é expressamente prevista no art. 14, § 14 da Lei 12.850/2013, que em sua primeira parte dispõe que “*nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio*”.

1.7.5. Princípio do Contraditório

Ter direito ao contraditório (princípio previsto no art. 5, LV da CF/88) significa argumentar, poder produzir provas que possam contradizer a prova da outra parte e participar da produção da prova proposta pela parte contrária. Diz-se que o direito ao contraditório é efetivo (no sentido de contribuir para a formação do convencimento do juiz) quando estão presentes os seguintes elementos essenciais: ciência (publicidade), direito de contra-argumentar, produzir provas e participar da produção de prova da parte contrária. E, isso tudo deve ser feito em igualdade de condições.

No que se refere à paridade de condições, a defesa tem o direito de conhecer a totalidade dos elementos que fundamentam a atividade persecutória. Ocorre que, na colaboração premiada o direito do delatado de contraditar o conteúdo dos depoimentos do agente colaborador é mitigado, na medida em que a Lei 12.850/13 apenas lhe assegura o exercício do direito de defesa durante a instrução processual. Ou seja, antes, para a instauração de inquérito policial ou para o oferecimento de denúncia, a Lei o impossibilita de confrontar as narrativas do delator.

Isso porque, na fase pré processual (antes do oferecimento da denúncia), nos termos do disposto no art. 7, § 3º da Lei 12.850/13²⁸, o procedimento da delação premiada é mantido em sigilo. Isso implica dizer que o delatado só toma ciência da condição de investigado ou acusado após a formalização da relação jurídica processual.

Em outras palavras, o fato de as declarações do delator serem sigilosas até o momento do oferecimento da denúncia acarreta a impossibilidade de o delatado ter acesso ao conteúdo que o incrimina e, conseqüentemente, de previamente o impugnar.

Importante destacar ainda que é tutelado pela Lei de Organizações Criminosas, em seu art. 5, IV, o direito do colaborador de participar das audiências sem contato visual com os outros acusados. Ou seja, mesmo já durante a fase processual não é assegurado ao delatado o direito de confrontar pessoalmente o colaborador e suas declarações.

²⁸ § 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia (...).

Cumpra salientar ainda que, nos termos do disposto no art. 155 do CPP, o juiz deverá formar sua convicção por meio de provas produzidas em contraditório, ou seja, tendo sido garantido o direito à manifestação das partes.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nessa seara, concluiu o STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 127.483, que a vedação ao direito do delatado de impugnar os termos do acordo que a ele imputa crimes não implica a desproteção de seus direitos, tendo em vista que a Lei nº 12.850/13 estabelece que “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador” (artigo 4º, §16).²⁹

1.7.6. Imparcialidade da Jurisdição

Num primeiro momento, insta salientar que o sistema de processo penal brasileiro é constitucionalmente acusatório, mas peca sobretudo na iniciativa do juiz (inércia e imparcialidade da jurisdição) e na gestão da prova, que o faz infraconstitucionalmente inquisitório.

No que se refere à imparcialidade da jurisdição, da perspectiva teórica garantista de Luigi Ferrajoli, o principal elemento do princípio acusatório é a existência de um órgão de acusação distinto daquele responsável por julgar. Ou seja, para haver jurisdicionalidade estrita, não pode ser a pessoa que acusa a mesma que julga.

No âmbito da colaboração premiada, cabe salientar que a Lei 12.850/13 não está em conformidade com o modelo garantista de jurisdição penal. Isso porque, apesar de em seu art. 4º, § 6º prever que o juiz não participará da fase das negociações, a Lei atribui ao juízo o papel do controle formal e da análise preliminar do acordo de colaboração, a partir da verificação de sua regularidade, legalidade e voluntariedade (art. 4º, §7º), atribuindo ainda ao julgador a

²⁹ SARKIS, Jamilla Monteiro. Op.Cit., pág. 216.

possibilidade de recusa da homologação da proposta ou readequação ao caso concreto (art. 4º, §8º).

Diante disso, a garantia da imparcialidade da jurisdição se vê mitigada, na medida em que há a possibilidade da mesma pessoa participar da instrução e julgamento, e, assim, serem as decisões dos magistrados contaminadas ou psicologicamente afetadas. Nesse contexto, importante destacar o Projeto de Lei n. 8.613/17, que pretende incluir à Lei das Organizações Criminosas o impedimento do juiz que homologar o acordo de colaboração premiada para processar e julgar a ação penal em que será utilizada.

1.7.7. Problema da Colaboração Premiada do Imputado Preso

O art. 4º, caput, da Lei 12.850/13³⁰ prevê a voluntariedade como requisito de validade da colaboração premiada. Nesse âmbito, muito se questiona acerca da validade da delação do imputado preso. Isso porque, como bem destaca Badaró, a incompatibilidade entre prisão e voluntariedade se inicia pela semântica:

“Voluntário advém do latim voluntarius,a,um, significando “que age por vontade própria”. Um agir voluntário é, portanto, um ato que se pode optar por praticar ou não. É atributo de quem age apenas segundo sua vontade. Ou, definindo negativamente: voluntário é o agir que não é forçado. Por outro lado, que prisão é coação, é o que diz a própria Constituição, assegurando o habeas corpus para quem sofre “coação em sua liberdade de locomoção”, de modo ilegal”.³¹

Nesse cenário, Suxberger e Mello afirmam:

“a prisão configura o momento de maior vulnerabilidade do investigado ou acusado, o que lhe retira a possibilidade de escolha. A prisão é descrita como o momento mais aterrorizante para o investigado ou acusado, de modo que não há como conceber que ele exerça a sua vontade de forma autônoma. Seu único objetivo será retomar o quanto antes a sua liberdade. Para tanto, fará o que for necessário, inclusive, assumir o papel de colaborador”.

³⁰ “Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e **voluntariamente** com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: (...)” (grifos nossos).

³¹ BADARÓ, Gustavo. Quem está preso pode delatar? 23 jun. 2015. JOTA.

Nesse sentido, é possível dizer que a restrição da liberdade física macula a voluntariedade do agente, na medida em que a declaração de vontade do imputado custodiado se vê afetada pela falta de liberdade plena.

Além disso, conforme assentado pelo STF, no julgamento do *Habeas Corpus* 127.483 “é manifestamente ilegítima, por ausência de justificação constitucional, a adoção de medidas cautelares de natureza pessoal, notadamente a prisão temporária ou preventiva, que tenham por finalidade obter a colaboração ou a confissão do imputado, a pretexto de sua necessidade para a investigação ou a instrução criminal”.³²

1.7.8. Problema da Verdade

“O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado” (LOPES JR., 2018, p. 342). Nesse cenário, é válido destacar o problema da verdade no processo penal, e, sobretudo, no âmbito da colaboração premiada, que é colocado aos atores da celebração do acordo (que não o agente colaborador), ao não interrogarem sobre a realidade - experiência, isto é, algo que vivenciaram -, mas sim, sobre um evento - aqui colocado como algo que ocorreu ou que pode ter ocorrido.

Tal ritual de reconhecimento (reconstrução do fato passado) é feito – essencialmente – por meio de provas, que são elementos orientados à demonstração da existência de um determinado fato, não da realidade. Isso implica dizer que nem sempre a verdade processual coincidirá com a verdade real.

Ocorre que o cenário de negociações é propenso a falsas declarações em troca de benefícios pessoais. Nesse diapasão, não custa relembrar que o STF possui entendimento consolidado no sentido de que as palavras do agente colaborador não configuram prova, por si só, eficaz, a ensejar condenação lastreada exclusivamente naquelas, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. Podem, no entanto, servir para dar início a atos investigatórios.

³² STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27.08.2015. p. 34.

Vasconcellos sustenta que a valoração da colaboração premiada deve ser pautada em dois pilares, quais sejam: *i)* confiabilidade interna e *ii)* corroboração externa. No que se refere a aferição interna, explica Lauand (2008 *apud* Vasconcellos, 2018, p. 259) que “deverá o julgador atentar para os seguintes aspectos: valor da confissão, eventuais motivos espúrios que teriam levado o imputado a fazer a colaboração processual e homogeneidade e coerência de suas declarações”.

Já no que concerne a aferição externa, o conteúdo da colaboração premiada precisa ser confirmado por elementos externos. É o que explica Lauand (2008 *apud* Vasconcellos, 2018, p. 259):

“o juiz não poderá, portanto, utilizar a colaboração processual isoladamente para confirmar a hipótese que deseja provar, mas sim levar em consideração todos os elementos de prova introduzidos no processo de maneira regular, e que sejam relevantes para a determinação dos fatos objeto de apuração.”

Nesse âmbito, é importante destacar ainda que a Lei 12.850/13 pune como crime, com pena de *1 a 4 anos de prisão e multa*, a conduta de quem imputa “*falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente*” ou daquele que revela “*informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabe inverídicas*” (art. 19).

2. TEORIA DOS JOGOS E SUA APLICAÇÃO À COLABORAÇÃO PREMIADA

2.1. Teoria dos Jogos

2.1.1 Aspectos Gerais

Originária das ciências econômicas, a Teoria dos Jogos foi desenvolvida pelo matemático húngaro Jon Von Neumann, em meados do século XX. Para Neumann jogo é uma situação de conflito, na qual os indivíduos estão fazendo escolhas, levando em consideração que outros indivíduos também o estão e que o resultado dependerá da conjugação de todas as decisões tomadas.

Ainda de acordo com o matemático, sempre há uma maneira “ótima” de agir (um agir mais racional) numa situação de soma zero, isto é, quando o ganho de um implica necessariamente na perda do outro. Ocorre que, no âmbito da colaboração premiada, Rosa (2018) afirma não se tratar de um jogo de soma zero. Isso porque, ao trabalhar com liberdade e efeitos penais, o conjunto a ser dividido na delação premiada não é o mesmo.³³

A Teoria dos Jogos consiste, portanto, numa ferramenta que pode ser utilizada para entender a interação estratégica entre tomadores de decisão racionais. Nas palavras de Carvalho (2010 *apud* Gonçalves, 2018, p. 173) “é um método utilizado para representar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si (...) a partir dessa compreensão, constitui um meio para a adoção da melhor escolha nos casos de interação estratégica.”

Gonçalves sustenta que dois são os elementos principais da teoria, quais sejam: (i) racionalidade e (ii) estratégia. Por racionalidade, entende-se que o indivíduo sabe o que pretende, de modo que tomará atitudes para alcançar esse fim. Aqui, cabe destacar que o fim, do ponto de vista da teoria dos jogos, não deve ser tido como um fim em si, isto é, o resultado, mas sim aos meios utilizados para atingi-lo. Por estratégia, entende-se o plano de ação do

³³ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 47.

indivíduo. Isto é, o seu agir racional ciente da interdependência entre suas ações e a dos demais jogadores.³⁴

Nesse sentido, Bierman e Fernandez (2010 *apud* Gonçalves, 2018, p. 173) afirmam que o objeto da teoria dos jogos seria “o modo como indivíduos tomam decisões quando estão cientes de que suas ações afetam uns aos outros e quando cada indivíduo leva isso em conta”.

Rosa (2018)³⁵ aduz que a teoria dos jogos é um modelo de análise e ação, utilizado no contexto das negociações da delação premiada, ante a situação, na qual diversos agentes têm de pautar suas escolhas com base nas ações/previsões de ação uns dos outros. Nesse diapasão, afirma:

“Diz-se que é um modelo de análise porque a partir de sua estrutura será possível identificar os fatores de atenção necessários numa negociação para se atingir determinado objetivo. E, ainda, um modelo de ação porque a identificação desses fatores proporciona uma atuação organizada e amplitude de visão.”³⁶

Nesse âmbito, a teoria dos jogos nos permite entender como o jogo da delação funciona, o que veremos melhor ao longo do capítulo.

2.1.2. O Dilema do Prisioneiro

O dilema do prisioneiro foi criado por Merrill Flood e Melvin Dresher, em 1950, com repercussão em diversas áreas de conhecimento e possui duas principais características. A primeira é que nem sempre a estratégia dominante é a mais eficiente, isto é, nem sempre as decisões aparentemente melhores, se consideradas apenas da perspectiva individual, o são num contexto de jogos interdependentes, como a colaboração premiada.³⁷ Já a segunda é que consiste num problema de soma zero, ou seja, não é um jogo no qual as possíveis perdas de um jogador implicam nos possíveis ganhos de outro.

³⁴ GONÇALVES, Lucas Pardini. O interrogatório no processo penal sob a óptica da teoria dos jogos. A relevância do momento da oitiva do acusado. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 71, p. 173, out./dez. 2018. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=147704. Acesso em: 28 out. 2019.

³⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 17.

³⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 17.

³⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 79.

A situação introduzida por esse dilema³⁸ é a seguinte: dois indivíduos, A e B, são presos no mesmo contexto processual, em situação simétrica, não podendo estabelecer comunicação entre si. Diante desse cenário, a polícia propõe o mesmo acordo aos dois acusados/investigados presos, qual seja:

- (i) Se um prisioneiro confessar (“trair” o outro) e o outro permanecer em silêncio, o que confessou será posto em liberdade e o que ficou calado receberá 12 (doze) anos de prisão;
- (ii) Se ambos confessarem, a pena será para os dois de 10 (dez) anos;
- (iii) Se ambos permanecerem em silêncio, a pena para os dois será de 2 (dois) anos.

Sintetizando o panorama acima, para melhor entendimento e visualização das possíveis estratégias, temos a seguinte tabela:

Confessar/Trair ou permanecer em silêncio?	Indivíduo B confessa/trai (“entrega” A)	Indivíduo B permanece em silêncio
Indivíduo A confessa/trai (“entrega” B)	“A” e “B” recebem 10 anos de pena	“A” é posto em liberdade e “B” recebe 12 anos de pena
Indivíduo A permanece em silêncio	“B” é posto em liberdade e “A” recebe 12 anos de pena	“A” e “B” recebem 2 anos de pena

Pelo exposto, do ponto de vista racional, podemos dizer que a estratégia dominante seria confessar. Isso porque, da perspectiva individual, se opto por confessar (entregar meu comparsa) tenho duas possíveis consequências com minha atitude de trair: ou sou posto em liberdade (caso meu comparsa fique calado) ou recebo 10 anos de pena (caso meu comparsa também confesse); ou seja, a pena varia de 0 a 10 anos.

Por outro lado, também da perspectiva individual, se opto por permanecer calado, há duas possíveis consequência, ante minha estratégia: ou recebo 2 anos de pena (caso meu comparsa também permaneça em silêncio) ou recebo 12 anos de pena (caso meu comparsa opte por me entregar); ou seja, a pena varia de 2 a 12 anos.

³⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. Cit., pág. 80.

Rosa conclui “o agente racional deve trair, daí o êxito da delação premiada”.³⁹

Mister salientar a situação paradoxal que se estabelece nesse dilema, ante o conflito lógico entre o cálculo do benefício individual e o melhor resultado coletivo. Afinal, ao buscar o maior benefício individual, levando em consideração a atitude do outro - conforme visto acima, optar por confessar – chega-se a um resultado pior, da perspectiva coletiva, do que aquele que teria obtido, caso tivessem cooperado entre si, isto é, caso os dois negassem, posto que ambos receberiam 2 anos de pena.

À estratégia de optar pela decisão ideal, considerando as decisões dos outros “jogadores” denomina-se “equilíbrio de Nash”. Nessa hipótese, você até poderia estar melhor, mas toma sua decisão tendo em vista a posição dos outros “competidores”. Ou seja, não se joga pensando unilateralmente, mas sim, levando em consideração a interação estratégica dos “jogadores”.

Nas palavras de Marinho (2011 *apud* Rosa, 2018, p. 81-82):

“(…) se eu achar que meu comparsa pensa exatamente como eu, concluo que ele vai confessar, o que me leva a um beco sem saída. Na prática, eu só posso confessar! E é efetivamente isso o que acontece: os dois prisioneiros confessam e passam ambos dois anos presos. A isso chama-se ‘equilíbrio de Nash’: a melhor decisão possível levando-se em conta a decisão que o outro deve tomar – o que revela o caráter interativo da teoria.”

Rosa destaca que no âmbito da colaboração premiada, “a prisão cautelar ou a condução coercitiva podem servir para criação do ambiente artificial para incidência do dilema do prisioneiro”⁴⁰. E, para ganhar o jogo negocial, é necessário dominar a interação e possíveis táticas dos outros jogadores nesse campo de batalha. É o que veremos no tópico a seguir.

2.2. Teoria dos Jogos Aplicada à Colaboração Premiada

O referencial teórico do presente trabalho é a Teoria dos Jogos e, a fim de compreender a aplicação dessa teoria à colaboração premiada utilizaremos principalmente a obra de Rosa (2018). Num primeiro momento, cabe destacar que o autor é favorável à delação premiada,

³⁹ ROSA, Alexandre Moraes da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 80.

⁴⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. Op.Cit., pág. 83.

embora acredite ser o desenho normativo do instituto no Brasil insuficiente, havendo certa ambiguidade e ausência (parcial) de regras claras que regulem tal modelo negocial.

Nesse sentido, pontua Rosa (2018):

“a metáfora da Teoria dos Jogos como instrumento (formal) de compreensão do procedimento de delação parte da pressuposição de que o resultado não depende exclusivamente da performance de um dos jogadores, mas decorre da interação humana, das táticas e estratégias dominantes/dominadas utilizadas no limite temporal do procedimento, mediante a capacidade de convencimento cooperativo.”⁴¹

Dessa forma, Rosa (2018) defende ser a Teoria dos Jogos útil para compreender interações complexas, nas quais para se tomar as próprias escolhas, deve-se levar em consideração as escolhas dos demais, o que se aplica ao instituto da colaboração premiada.⁴² Tal aplicação passaremos a analisar nos tópicos a seguir.

2.2.1. Elementos da Colaboração Premiada à Luz da Teoria dos Jogos

O jogo negocial da delação premiada é composto por alguns elementos, quais sejam: jogadores, regras, recompensas e estratégias e táticas. Elementos esses que passaremos a analisar.

2.2.1.1. Os Jogadores

No contexto da colaboração premiada entende-se como jogador/negociador qualquer um que possa exercer poder negocial no jogo delatatório, seja internamente ou externamente.⁴³ Por jogadores internos compreende-se aqueles que atuam diretamente nas negociações, sendo eles jogadores de acusação – delegado de polícia e Ministério Público – e jogadores de defesa – acusado/investigado e seu defensor. Já por jogadores externos, compreende-se aqueles que atuam indiretamente no contexto das negociações, tais como a mídia e os grupos de pressão.

⁴¹ ROSA, Alexandre Moraes da. Op.Cit., pág. 49.

⁴² ROSA, Alexandre Moraes da. Op.Cit., pág. 17.

⁴³ ROSA, Alexandre Moraes da. Op.Cit., pág. 147.

No âmbito dos jogadores internos, gostaria de destacar o acompanhamento de advogado/defensor ao colaborador em todos os atos da colaboração e a possibilidade de realização de acordo de colaboração premiada entre a defesa e o delegado de polícia.

No que se refere ao acompanhamento de advogado/defensor ao colaborador, nos termos do art. 4º, § 15 da Lei 12.850/13⁴⁴, tal acompanhamento é indispensável em todos os atos da colaboração. Ou seja, é necessário que o delator (vendedor de informações) seja acompanhado durante toda a negociação por advogado e/ou defensor, sendo esta uma imposição irrenunciável pelo delator. Complementando tal entendimento, o art. 7º, XXI da Lei 8.906/94 (EOAB), dispõe acerca da nulidade dos atos subsequentes, caso isso seja desrespeitado.

No que concerne à possibilidade de realização de acordo de colaboração premiada entre a defesa e o delegado de polícia, com base no art. 4º, § 6 da Lei 12.850/13⁴⁵, os legitimados a propor o acordo são o Ministério Público e o delegado de polícia. Ocorre que, com fulcro no art. 129, I da CF, o titular da ação penal pública é o Ministério Público. Nesse sentido, pontua Eduardo Silva (2010 *apud* Gonçalves, 2018, p. 173):

“a lei é inconstitucional ao conferir tal poder ao delegado de polícia via acordo com o colaborador, ainda que preveja a necessidade de parecer do Ministério Público e de homologação judicial, pois não pode dispor de atividade que não lhe pertence, ou seja, a busca da imposição penal em juízo, vinculando o entendimento do órgão responsável pela acusação.”

Diante disso, foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 5.508, questionando trechos dos §§ 2º e 6º da Lei 12.850/2013, que preveem a iniciativa do delegado de polícia para realizar acordo de colaboração premiada. Em 20 de junho 2018, o STF finalizou o julgamento da referida ADI, julgando-a improcedente, isto é, decidindo pela constitucionalidade da possibilidade de o delegado de polícia celebrar acordo de delação premiada em sede de investigação preliminar.⁴⁶

⁴⁴ § 15 Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

⁴⁵ § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

⁴⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op.Cit., págs. 101-105.

Já no âmbito dos jogadores externos, gostaria de ressaltar a influência dos meios de comunicação no contexto da colaboração premiada. A mídia, mesmo que não atue diretamente nas negociações, é tida como um jogador oculto/externo/indireto, na medida em que cria um contexto favorável para o fomento dos acordos de colaboração premiada, minimizando violações, numa lógica de que “os fins justificam os meios”. Nas palavras de Rosa (2018):

“O jogo negocial com a mídia faz com que qualquer acusação de violação de regras por parte dos agentes estatais seja seguida de discursos sobre os êxitos e resultados das operações, buscando mitigar os efeitos das violações em nome do resultado. Prevalece no discurso oficial a lógica dos fins justificam os meios, professando-se um estado de exceção diante do estado de coisas corrupto.”⁴⁷

Dessa forma, a mídia influencia a opinião pública, num cenário de sede pelo combate à corrupção, em que garantias são flexibilizadas em prol de ideologias políticas. Ou seja, mitiga-se inconsistências que os acordos de colaboração premiada guardam com o devido processo legal, em prol do afã de combater a corrupção.

2.2.1.2. As Regras (Negociais) do Jogo

No âmbito da colaboração premiada, o centro da gravidade, isto é, o palco de grande importância, é a fase das negociações. Afinal, é nesta fase que ocorre o contato entre os jogadores (defesa, que busca vender a informação, e acusação, que busca comprá-la); ou seja, que ocorre a disputa acerca da culpa, que “acontecem as jogadas, negociações, blefes, trunfos, ultimatots (...)”.⁴⁸

Nessa seara, mister salientar que o instrumento normativo básico a ser observado é a Lei 12.850/2013. Ocorre que, tal diploma legislativo não explicita o modo como as negociações devem acontecer, pelo que deve-se compreender não só a dimensão normativa, mas também a dimensão subjacente, qual seja, aquela construída pela prática dos acordos realizados.⁴⁹

Aqui, vale lembrar que a fase das negociações não acontece sob o crivo do Judiciário. Diante desse cenário, as partes devem consensualmente estabelecer o patamar de

⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 235.

⁴⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 153.

⁴⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 238.

validade/legitimidade do acordo de delação premiada.⁵⁰ A instabilidade com relação a esse patamar impossibilita que sejam elencadas, especificadamente, as regras negociais.

Rosa (2018) sugere, no entanto, que alguns limites sejam observados durante a negociação da culpa. Segundo o autor, as normas constitutivas do jogo da delação (ou seja, aquelas que estabelecem regras de jurisdição, linhas gerais, etc.) não podem ser renunciadas, visto que não configuram privilégios dos jogadores, enquanto que as normas regulativas (que versam sobre processo, procedimentos, direitos subjetivos vinculados à assunção de culpa e obrigações probatórias) podem ser objeto de disposição dos jogadores para obtenção de consensos.⁵¹

Nesse sentido, o autor defende que “efetivar o *standard* normativo mínimo de validade das regras e das cartas probatórias torna a negociação mais eficiente como dispositivo democrático de garantia do *fair play*”⁵². Vasconcellos (2015 *apud* Rosa, 2018, p. 156) enumera os requisitos de validade:

“1) consentimento do réu a partir de vontade livre, esclarecida e consciente; 2) necessidade de lastro probatório para a confirmação da confissão; 3) imprescindibilidade do acompanhamento de advogado em todos os atos; 4) postura passiva do julgador (proibido de participar das negociações); 5) possibilidade de retratação; e 6) vedação da utilização da declaração de culpa em caso de insucesso da negociação”

Ainda no contexto das regras negociais, Rosa (2018) pontua que devem ser observados dois pressupostos de aplicação, a saber, o “*fair play*” e o “*venire contra factum proprium*”. Por *fair play* entende-se o respeito as regras estabelecidas através da adesão subjetiva dos jogadores a elas, “jogando limpo” e mantendo a boa-fé.

Em sentido contrário, a manipulação das regras configura o que o autor chama de *doping* processual. Tal categoria divide-se em *autodoping*, quando envolve aspectos do procedimentais, isto é, escolha por não apresentar uma prova, renunciar direitos, agir cooperativamente, etc; e *heterodoping*, quando envolve aspectos externos, como a corrupção,

⁵⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 78.

⁵¹ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 100.

⁵² ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 156.

a criação artificial de provas (prisão cautelar, condução coercitiva), utilização de provas ilícitas, etc.⁵³ Nas palavras de Rosa (2018):

“(...) o *doping* manipula o dispositivo para delação, inserindo material ou método em desconformidade com as práticas democráticas, convertendo-se em uma confissão/delação dopada, suja (...)”⁵⁴

Por *venire contra factum proprium* entende-se, grosso modo, o comportamento procedimental contraditório. Consiste em respeitar as regras gerais de direito, em observância aos princípios decorrentes da boa-fé objetiva. Dessa forma, a defesa não pode se valer de táticas inescrupulosas e os agentes estatais não podem praticar ilegalidades, omitir informações desfavoráveis, utilizar métodos não autorizados em lei, etc., mesmo que seja em prol do “combate à corrupção e ao crime organizado”.⁵⁵

2.2.1.3. As Recompensas dos Jogadores

Num primeiro momento importante destacar que o significado de vitória no jogo da colaboração premiada é variável. Isso porque a satisfação ou não com as benesses concedidas depende do desfecho pretendido, isto é, do que o delator pretende “ganhar” com a delação. Nas palavras de Rosa (2018):

“Para que se possa saber a dimensão da vitória é preciso entender qual a estratégia, a saber, se o jogador-acusador pretende a condenação e, de outro lado, se o jogador-defensor busca a imunidade, ganhar tempo, despistar, aproveitar o tempo da negociação para destruir provas, etc. É preciso dominar, por antecipação, o que significa, para o adversário, naquela negociação, vencer.”⁵⁶

Nesse cenário, certo é que o jogador pretende maximizar sua satisfação ou utilidade esperada, de modo que as recompensas sejam maiores que os prejuízos. Para tanto, Rosa (2018) pontua que deve ser utilizada a estratégia dominante, isto é, a estratégia que traga os melhores resultados, independentemente da atuação dos outros jogadores.

Nesse sentido, Rosa (2018) explica que para entender a estratégia dominante de cada jogador deve-se levar em conta dois fatores, quais sejam: (i) seu comportamento, podendo

⁵³ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. Cit., pág. 159.

⁵⁴ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. Cit., pág. 167.

⁵⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. Cit., págs. 164-165.

⁵⁶ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. Cit., págs. 182-183.

variar entre o egoísmo e o altruísmo e (ii) sua aversão ao risco, pois o que “torna uma aposta estratégica melhor do que outra vincula-se à atitude sobre a inclinação/aversão ao risco (...). Em face do risco os indivíduos podem ser: a) amantes do risco, b) adversos ao risco, c) indiferentes ao risco”.⁵⁷

Em outras palavras, o autor elucida que o comportamento negocial está fortemente ligado à assunção de riscos, isto é, quanto o delator é capaz de arriscar para obter suas recompensas. E, nesse contexto, chama atenção para o problema de apostar todas as fichas numa única estratégia, o que pode acarretar perda total. Devido a isso, destaca a importância de o jogador objetivar diversificações. Nessa seara, o autor exemplifica “se você coloca todo o seu dinheiro em ações da IBM (...) depende de um único desempenho, daí que se você diversifica corre menos riscos.”⁵⁸

Para mensurar os riscos, deve-se obter informações confiáveis. Ocorre que, no âmbito da delação premiada, como saber o que não sabemos? Nesse sentido, Rosa afirma que “todos os sujeitos otimizadores analisam as opções disponíveis. A incapacidade cognitiva ou de opções claras pode ser impeditivo de uma decisão ótima”.⁵⁹

Importante salientar ainda que outros fatores podem influenciar nos resultados dos acordos de colaboração, a saber, os humores, provocações, rivalidades, um capricho momentâneo decorrente de oscilações cognitivas, emocionais, relacionais, etc. Isso ocorre devido ao próprio caráter dinâmico do jogo da colaboração premiada. Devido a isso, a leitura do jogo feita por um jogador pode não ocorrer por efeitos da partida. Ou seja, a avaliação feita ante as informações existentes traduz-se em probabilidade e não pode ser tida como antecipação autêntica do comportamento do adversário, que pode ter postura diversa.⁶⁰

Nesse contexto, as recompensas dos jogadores nem sempre são racionais, visto que estão sujeitas às vicissitudes do jogo, podendo mudar no tempo e no espaço, mas defini-las ainda sim

⁵⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 171.

⁵⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 172.

⁵⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 173.

⁶⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 175.

é importante para, ao menos, traçar minimamente suas táticas e estratégias. É o que diz Rosa (2018):

“A singularidade do jogo negocial, depois de estabelecidos os personagens reais, diante das variáveis de recompensas, precisa ser modulada. Com isso, antecipamos quais as recompensas dos personagens sentados nas cadeiras de cada função negocial e, a partir de então, podemos dar concretude às táticas e estratégias.”⁶¹

Dito de outra forma, as táticas e estratégias, que analisaremos no tópico a seguir, devem ser traçadas após apuração das possíveis recompensas dos jogadores.

2.2.1.4. As Táticas e Estratégias dos Jogadores

Imperioso diferenciar, inicialmente, tática de estratégia. Por tática entende-se ação ou comportamento procedimental intermediário, isto é, a maneira pela qual pretende-se alcançar o objetivo. Por estratégia entende-se o próprio objetivo, a meta, isto é, o que pretende-se com o jogo da delação premiada.⁶² Nas palavras de Rosa (2018):

“(...) a estratégia (o caminho escolhido pelo jogador para alcançar seus objetivos, levando em consideração a avaliação do cenário e as previsões que faz sobre os movimentos dos outros jogadores e do julgador) e as táticas (as ações/lances que cada jogador faz no decorrer da partida visando cumprir a estratégia) fornecem dupla articulação, comunicando-se a todo o tempo. (...) Enquanto a estratégia é a descrição de todas as ações táticas nos subjogos, a tática é a realização do curso de ação em cada subjogo. Resume-se em: se eu fizer isso, ele tende a fazer aquilo; então posso seguir por aqui e, nesse caso, ele deverá fazer isso.”⁶³

Para fixação das táticas e estratégias, Rosa (2018) defende a utilidade da lógica do “Equilíbrio de Nash”, segundo a qual para se tomar a decisão ideal, deve-se traçar uma estratégia que leve em consideração as possíveis decisões dos outros jogadores. Ou seja, da lógica segundo a qual cada jogador responde da melhor maneira à ação que espera que seja tomada pelos demais jogadores.⁶⁴

Ocorre que, no jogo negocial, pelo caráter dinâmico, torna-se necessário que as táticas sejam flutuantes, com grande capacidade de adaptação à partida. Mister salientar a possibilidade

⁶¹ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 177.

⁶² ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 179.

⁶³ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., págs. 179-180.

⁶⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 181.

de o jogador adversário ter informações importantes acerca das táticas e estratégias do oponente, pelo que, diante desse cenário, surge a importância do emprego de táticas diferenciadas, a saber, blefes, truques, trunfos e ameaças, dentro dos limites do *fair play*. Importante destacar que tais recursos/formas de comunicação não possuem fronteiras bem definidas, podendo ser empregados numa mesma ação ou num mesmo argumento.

O blefe consiste num “mecanismo da barganha em que o jogador se comporta, de modo aparente, com excesso de confiança diante do valor da aposta”⁶⁵. O êxito de tal recurso está relacionado à imagem pessoal do jogador, isto é, à reputação do negociador, estando também suscetível ao contexto e aos jogadores que ali estão interagindo. Isso porque, conforme elucida Rosa (2018) há diferença entre blefar com um jogador profissional, visto que ele antecipa o possível blefe, e com um jogador amador, que joga com a sorte.

Ainda no que se refere ao blefe, imperioso alertar acerca do blefe defensivo. Afinal, “a defesa não pode blefar sobre o conteúdo a ser entregue na delação, sob pena de desfazimento dos seus termos”.⁶⁶

Já os truques são ações que contornam um impasse de maneira mais eficiente, não se confundindo com simplificações abusivas.”⁶⁷ Tratam-se, portanto, de táticas baseadas em heurísticas e vieses. Nesse sentido, Rosa (2018) exemplifica-os: “a apresentação pessoal, a roupa usada, o corte de cabelo, a postura cooperativa ou combativa, o modo pelo qual o investigado irá se portar, falar, argumentar, enfim, podem influenciar (e não manipular) a interação negocial”.⁶⁸

O trunfo, por sua vez, consiste num argumento matador, numa “ação ou informação capaz de modificar a compreensão, capaz de derrotar a narrativa até então dominante. Trata-se de referências novas e futuras, no momento certo, capazes de incidir no sentido. Esperar o momento certo para desmarcar um argumento, apresentar um documento ou informação (...)”.⁶⁹

⁶⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 189.

⁶⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 190.

⁶⁷ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 191.

⁶⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 191.

⁶⁹ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., págs. 191-192.

No que concerne ao trunfo, mister salientar que o Estado, como acusador, não deveria esconder informações da defesa. Contudo, a defesa o pode fazê-lo com a finalidade de utilizar o elemento surpresa dentro do jogo lícito.

No que tange à ameaça, cabe destacar que não se confunde com pressão ou coação de jogadores e/ou testemunhas, e que consiste num “mecanismo pelo qual o jogador coloca o oponente no dilema de acreditar ou não no ultimato, muito utilizado nos espaços negociais: pegar ou largar”.⁷⁰ Aqui, numa lógica parecida com a tática do blefe, a ameaça para ser crível depende da reputação do jogador que o faz. Diferencia-se do blefe, no entanto, na medida em que deve ser possível, factível.

Por fim, imperioso salientar a noção de “olho por olho, dente por dente”, no contexto da colaboração premiada. Isso ocorre quando as atitudes negociais são guiadas pelo desejo e lógica de vingança. Rosa (2018) esclarece “o revide é tão automático e joga com o que há de mais irracional dos agentes negociais”⁷¹. Trata-se da modalidade mais comum de estratégia do gatilho, estratégia essa segundo a qual um determinado comportamento afeta diretamente o comportamento de outro jogador. Nesse cenário, Rosa (2018) alerta:

“(...) parece máxima comum a resposta olho por olho, dente por dente. Entretanto, sabemos que a espiral de violência leva à tragédia e, no caso da negociação penal, entre os jogadores que se odeiam, todos perdem, dada a cessação da comunicação e as perdas cooperativas. Abdicar, todavia, desse modelo do senso comum não é tarefa fácil. Especialmente porque há pressão macro (comunidade, grupo, etc.) e micro (do sujeito, amigos e familiares, etc.).”⁷²

Diante disso, sustenta-se que o jogador profissional deve estar atento para não transformar o jogo em questões pessoais, bem como para que suas emoções não o prejudiquem. Deve também, ao colocar-se no lugar de cada um dos agentes de interação, ser capaz de antecipar as recompensas para assim definir suas táticas e estratégias.⁷³

⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 192

⁷¹ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 194.

⁷² ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 195.

⁷³ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., págs. 194-196.

2.2.2. Momento Pós Homologação

Mesmo após a homologação do termo do acordo de colaboração premiada, o pacto realizado pode ser desfeito. Algumas dessas possibilidades veremos a seguir.

2.2.2.1. Retratação dos Termos do Acordo de Colaboração

O colaborador e o jogador da acusação podem se retratar da proposta. Nesse sentido, a Lei 12.850/13 em seu art. 4º, §10, prevê que “as partes podem retratar-se da proposta, caso em que as provas autoincriminatórias produzidas pelo colaborador não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor”.

Rosa (2018) destaca que a desistência por parte do Estado pode implicar no acesso ilícito à prova já entregue pelo colaborador, enquanto para este pode significar a reavaliação dos efeitos e consequências do ato de delatar.⁷⁴

2.2.2.2. Rescisão da Delação Premiada Pelo Descumprimento

Consoante destaca Rosa (2018), “os contratos de delação devem ser cumpridos e a não observância pode gerar o desfazimento da eficácia do instrumento”.⁷⁵ Entretanto, a rescisão não pode ocorrer unilateralmente, devendo-se apurar, no caso concreto, a efetiva violação dos termos pactuados.

Ocorre que, segundo Rosa (2018), o Estado coloca uma verdadeira isca, “um golpe de esperteza”, ao prever nas cláusulas de condições do acordo, por exemplo, que o delator “fale a verdade incondicionalmente”.

Nesse diapasão, ante a cláusulas tão abertas e hipóteses de configuração tão subjetivas, o autor defende que no campo negocial da delação não há paridade de armas entre os jogadores, na medida em que há a possibilidade de o Estado propor a rescisão do acordo homologado, caso verifique seu descumprimento. Nas palavras de Rosa (2018):

⁷⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 329.

⁷⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 329.

“(...) a crítica que se faz é que as condições impostas pelo Estado configuram ‘verdadeira armadilha plantada para capturar’ de qualquer jeito, quando já se sabe que o adimplemento é impossível, mas a negociação é forçada sob o ‘é pegar ou largar’. Trata-se de expediente usado para atrair e, depois, de descumprir, afinal ‘se trata de bandidos’. Quase algo como ‘se eles traem, nós também podemos trair’. (...) O desafio é pactuar cláusulas democráticas, pois da maneira como estão sendo avençadas, por capricho podem ser revistas”⁷⁶

Tal “armadilha” inserida nas cláusulas das condições sujeita à subjetividade também será abordada no capítulo seguinte, quando da análise do caso Joesley Batista (tópico 3.1.2).

⁷⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 332.

3. ASPECTOS PRÁTICOS DA COLABORAÇÃO PREMIADA

3.1. Operação Lava Jato

A "Operação Lava Jato", nas palavras do Ministério Público Federal, é “a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil”⁷⁷. Embora as investigações tenham começado em 2009, com a apuração de crimes de lavagem de recursos, a Operação apenas foi efetivamente deflagrada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba.

Em sua fase inicial, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros (operadores do mercado paralelo de câmbio). Em seguida, o MPF recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo altos executivos da Petrobras, grandes empreiteiras, agentes públicos (principalmente políticos) e partidos políticos.

Atualmente, a Operação conta com desdobramentos na primeira instância no Rio de Janeiro, Distrito Federal e São Paulo, além de inquéritos e ações tramitando no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF) para apurar fatos atribuídos a pessoas com foro por prerrogativa de função.⁷⁸

Uma das principais ferramentas utilizadas pelo MPF no curso das investigações foi a celebração de acordos de colaboração premiada. Alguns de seus resultados veremos no tópico a seguir.

3.1.1. Dados Quantitativos MPF

Neste tópico, iremos avaliar os resultados parciais⁷⁹ da Operação Lava Jato principalmente em sede de 1ª instância, em Curitiba, Rio de Janeiro e São Paulo, com enfoque nas informações relacionadas à temática do presente trabalho.

⁷⁷ Portal do MPF [<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>], visitado em 08/11/2019.

⁷⁸ Informações disponíveis em: [<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato/entenda-o-caso>]. Acesso em 23/11/2019.

⁷⁹ Informações disponíveis em: [<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>]. Acesso em 22/11/2019.

Até 04/11/2019, em Curitiba, foram celebrados 48 acordos de colaboração premiada, sendo 1 acordo de colaboração homologado no TRF4. Cabe destacar que o valor previsto em multa compensatória decorrente dos acordos de colaboração é de R\$ 2,1 bilhões.

No Rio de Janeiro, até 20/09/2019, houve 37 acordos de colaboração premiada homologados, e o valor compensatório pago a título de multa nos aludidos acordos é de R\$ 945 milhões. Já em São Paulo, as informações são de que, até 16/09/2019, foram firmados 10 acordos de colaboração premiada.

Por fim, importante salientar que foram homologados 136 acordos de colaboração premiada pelo STF, em atuação conjunta com a PGR.

3.1.2. Caso Joesley Batista

Aqui, neste item, pretende-se analisar, no bojo da Operação Lava Jato, sob a matriz teórica da Teoria dos Jogos, o caso Joesley Batista. Para tanto, assim como no capítulo anterior, tal análise será realizada considerando os quatro elementos da Teoria, quais sejam: jogadores, regras do jogo, recompensas e táticas e estratégias.

No que se refere ao primeiro elemento, os jogadores internos do caso em tela são a defesa, composta pelo réu, Joesley Batista, juntamente com seu advogado, e a acusação, composta pelo Ministério Público Federal (MPF) e pela Polícia Federal.

No tocante aos jogadores externos, mister destacar a mídia, altamente influente nas decisões no cenário do Brasil contemporâneo. Como bem pontua Rosa (2018): “vive-se o momento da delação do espetáculo, em que a pressão de ‘furos de reportagem’, bem assim os vieses mercadológicos da tendência dos meios de comunicação de massa movimentam o aparato da Justiça, pautando e pressionando a decisão dos jogadores.”⁸⁰

Ainda no âmbito dos jogadores, há que se salientar o papel do órgão jurisdicional que, como vimos, não participa (ou não deveria participar) da fase das negociações, iniciando sua participação tão somente no momento da homologação do acordo, ao analisar se preenchidos

⁸⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. Cit., pág. 20.

os requisitos formais para tanto. No presente caso, o órgão responsável pela homologação foi o Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Min. Edson Fachin, que o fez em maio de 2017 (Pet. 7.003). A homologação foi de competência do STF, pois a delação envolvia o Presidente da República à época, Michel Temer, isto é, com foro por prerrogativa de função.

Já no que se refere às regras do jogo, prêmios e recompensas e táticas e estratégias, pretende-se analisar tais aspectos por meio do supramencionado “Termo de Acordo de Delação Premiada”, que teve como colaborador Joesley Mendonça Batista e por fundamento os crimes “relacionados ao grupo empresarial J & F” (cláusula 2ª).

Inicialmente, cabe destacar a base jurídica fundante do acordo em questão, disposta na cláusula 1ª, que colaciono abaixo:

“O presente instrumento funda-se no artigo 129, inciso I, da Constituição da República, nos artigos 4º a 8º da Lei nº 12.850/2013, nos artigos 13 a 15 da Lei nº 9.807/99, no art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98, no art. 26 da Convenção de Palermo e no art. 37 da Convenção de Mérida. (...)”

Analizando-a mais pormenorizadamente, o art. 129, I da CF/88 dispõe que é função do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Os artigos 4º a 8º, como já vimos no presente trabalho, são aqueles que dispõe acerca da colaboração premiada na Lei 12.850/13. Os artigos 13 a 15 da Lei 9.807/99, por sua vez, são aqueles que preveem a proteção dos réus colaboradores na Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas, também já abordada anteriormente.

Importante destacar que antes mesmo da entrada em vigor da Lei 12.850/13, por ocasião das Convenções de Palermo e de Mérida, o STF já reconhecia a constitucionalidade da colaboração premiada. Este quadro fático é esposado no seguinte julgado:

“A constitucionalidade da colaboração premiada, instituída no Brasil por norma infraconstitucional na linha das Convenções de Palermo (art. 26) e Mérida (art. 37), ambas já submetidas a procedimento de internalização (Decretos 5.015/2004 e 5.687/2006, respectivamente), encontra-se reconhecida por esta corte (...) desde antes da entrada em vigor da Lei 12.850/2013, que exige como condição de validade do acordo de colaboração a sua homologação judicial, que é deferida quando atendidos os requisitos de regularidade, legalidade e voluntariedade.”⁸¹

⁸¹ STF, Pet. 5244/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 19/12/2014, p. 117; STF, Pet. 5209/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 29/09/2014, p. 106.

Superada a questão do caminho jurídico para justificar o instituto da colaboração premiada, o MPF quando do acordo indaga previamente ao colaborador acerca da voluntariedade de estar ali, certifica-se de que o acusado/delator está assistido por defesa técnica e se renúncia ao seu direito ao silêncio e, por fim, se está comprometido a dizer a verdade. Após tal procedimento, inicia a negociação do conteúdo detido pelo colaborador.

Acerca das táticas e estratégias, Rosa (2018) pontua que para se obter a estratégia dominante, há dois caminhos, quais sejam, o de adotar uma tática passiva ou o de adotar uma tática ativa. Adotando uma postura passiva, o réu aguarda o desenrolar das investigações, arriscando-se em um processo penal, com a real possibilidade de sanções patrimoniais e, principalmente, de decretação de prisão. Entretanto, ao adotar postura ativa, o réu age para produzir material capaz de ser trocado no mercado da delação premiada.⁸²

Nesse diapasão, é certo que os jogadores escolherão a jogada que represente a maior estrutura de recompensas. No caso em tela, a escolha foi pela segunda opção (tática ativa). Em meio a isso, surge a necessidade de chamar a atenção dos compradores (Ministério Público e Polícia Federal) pela qualidade e relevância do conteúdo a ser negociado no mercado da colaboração premiada, isto é, é necessário que as informações tenham valor de troca.

O conteúdo apresentado por Joesley e seus advogados continha gravações de conversas indicando a realização das condutas e filmagens e monitoramento eletrônico do dinheiro, por exemplo, e foi de tamanho valor de troca que o delator obteve como prêmio o “benefício legal do não oferecimento da denúncia, nos termos do art. 4º, § 4º, da Lei 12.850/2013”. Nesse sentido, assim dispunha a cláusula 4ª e parágrafo único do termo de acordo:

“No caso de existirem investigação criminal e/ou denúncias já oferecidas em face do colaborador, em outros órgãos do Ministério Público, relacionadas a alguns dos temas dos anexos, o Procurador-Geral da República comunicará o conteúdo deste acordo ao membro do Ministério Público oficiante para fins de seu cumprimento, que, no caso das investigações, será a imunidade, e no caso de denúncia já oferecida, o perdão judicial.”

⁸² ROSA, Alexandre Moraes da. Op. Cit., págs. 33-34.

Para que obtivesse tal prêmio, cabe destacar as condições e obrigações impostas ao delator, dispostas na cláusula 11ª:

“Para que o presente acordo possa produzir os benefícios nele relacionados, especialmente os constantes na cláusula 4ª, a colaboração deve ser voluntária, ampla, efetiva, eficaz e conducente aos seguintes resultados:

- a) a identificação dos autores, coautores, partícipes das diversas organizações criminosas de que tenha ou venha a ter conhecimento, notadamente aquelas sob investigação em decorrência de crimes relacionados nos anexos deste acordo, bem como à identificação e à comprovação das infrações penais por eles praticadas, que sejam ou que venham a ser do seu conhecimento, inclusive agentes políticos que tenham praticado ilícitos penais ou deles participado;
- b) a revelação da estrutura hierárquica e a divisão de tarefas das organizações criminosas de que tenha ou venha a ter conhecimento;
- c) a recuperação total ou parcial do produto e/ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa de que tenha ou venha a ter conhecimento, tanto no Brasil quanto no exterior;
- d) a identificação de pessoas físicas e jurídicas utilizadas pelas organizações criminosas supramencionadas para a prática de ilícitos penais;
- e) ao fornecimento de documentos e outras provas materiais, notadamente em relação aos fatos referidos nos anexos deste acordo;
- f) o entrega de extratos bancários de contas, objeto das investigações, no exterior até a presente data, salvo impossibilidade material de acesso a essas informações devidamente comprovadas pelo COLABORADOR.”

Também se obrigou, nos termos do disposto na cláusula 12ª, a sem malícia ou reservas mentais:

- “a) **esclarecer espontaneamente todos os esquemas criminosos de que tenham conhecimento**, especialmente aqueles apontados nos anexos deste acordo, fornecendo todas as informações e evidências que estejam ao seu alcance, bem como indicando provas potencialmente alcançáveis;
- b) **falar a verdade incondicionalmente**, em todas as investigações criminais, disciplinares e tributárias, além de ações penais em que doravante venham a ser chamados a depor na condição de testemunha ou interrogado, nos limites deste acordo;
- c) falar a verdade incondicionalmente, em todas as investigações cíveis e administrativas em que doravante venham a ser chamados a depor na condição de testemunha ou interrogado, nos limites deste acordo, observados o disposto na cláusula atinente à validade da prova;
- d) cooperar sempre que solicitados, mediante comparecimento pessoal sob suas expensas a qualquer das sedes do Ministério Público Federal, do Departamento de Polícia Federal ou da Receita Federal do Brasil, para analisar documentos e provas, reconhecer pessoas, prestar depoimentos e auxiliar peritos na análise pericial que sejam objeto da presente colaboração;

e) entregar todos os documentos, papéis, escritos, fotografias, banco de dados, arquivos eletrônicos, etc., de que disponha, quer estejam em seu poder quer sob a guarda de terceiros sob suas ordens, e que possam contribuir a juízo do Ministério Público Federal, para a elucidação dos crimes que são objeto da presente colaboração. (...) (grifo nosso)”

O descumprimento das obrigações por parte do colaborador, nos termos do disposto na cláusula 26^a, pode acarretar a rescisão do acordo, nas seguintes hipóteses:

- “a) se o COLABORADOR descumprir, sem justificativa, qualquer dos dispositivos deste acordo;
- b) se o COLABORADOR mentir ou omitir, total ou parcialmente, em relação a fatos ilícitos que praticou, participou ou tem conhecimento;
- c) se o COLABORADOR recusar-se a prestar qualquer informação relacionada ao objeto deste acordo de que tenha conhecimento;
- d) se o COLABORADOR recusar-se a entregar documento, prova ou senha que tenha em seu poder ou sob a guarda de pessoa de suas relações ou sujeito a sua autoridade ou influência, salvo se, diante da eventual impossibilidade de obtenção direta de tais documentos ou provas, o COLABORADOR indicar ao Ministério Público Federal a pessoa que o guarda e o local onde poderá ser obtido para a adoção das providências cabíveis;
- e) se ficar provado que, após a celebração do acordo, o COLABORADOR sonegou, adulterou, destruiu ou suprimiu provas que tinha em seu poder ou sob sua disponibilidade, assim como fatos ilícitos de que tivesse conhecimento;” (omissis)

Nesse cenário, Rosa (2018) sustentou que o acordo ao trazer na cláusula das obrigações do colaborador que o mesmo deve “falar a verdade incondicionalmente (...)” ou ainda “esclarecer espontaneamente todos os esquemas criminosos de que tenha conhecimento (...)”, planta uma armadilha, na medida em que autoriza, com base na cláusula 26^a, acima destacada, a manipulação retórica e rescisão do acordo de forma unilateral, caso o colaborador descumpra qualquer dos dispositivos do termo.⁸³

E tal “contragolpe” aconteceu no caso em questão. O ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, requereu a instauração de procedimento para verificar se Joesley Batista havia violado a cláusula 12^a do termo de colaboração. A PGR anunciou a rescisão da delação em 2017 e pediu ao STF que homologasse a rescisão. Tal pedido foi mantido na gestão Raquel Dodge. O Min. Edson Fachin remeteu a decisão ao plenário em 2018. Ocorre que, até hoje o caso está pendente de julgamento.

⁸³ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. Cit., pág. 39.

Nesse diapasão, ante a cláusulas de condições do acordo tão abertas e hipóteses de configuração tão subjetivas, o autor defende que no campo negocial da delação não há paridade de armas entre os jogadores, na medida em que há a possibilidade de o Estado propor a rescisão do acordo homologado, caso verifique seu descumprimento⁸⁴.

Ainda nesse contexto, mister salientar que recentemente, em 04/11/2019, o atual Procurador-Geral da República, Augusto Aras, pleiteou perante o STF, em alegações finais, que o acordo de colaboração premiada firmado com Joesley Batista seja rescindido. Para tanto, alegou que o delator descumpriu os termos do acordo, requerendo, dessa forma, que perca o benefício a ele concedido, mas que o conteúdo de sua delação continue tendo valor legal.⁸⁵

Em 97 páginas de alegações finais, enviadas na PET 7.003, a PGR sustenta, em síntese, que o delator descumpriu o compromisso de dizer a verdade e de não omitir dolosamente do MPF fatos ilícitos de que tinha ciência e “violou os deveres decorrentes do princípio da boa-fé objetiva”. Agora, Joesley Batista que terá prazo para apresentar suas alegações finais.⁸⁶

3.2. Posicionamentos Recentes STF

Aqui, neste item, pretende-se analisar algumas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal acerca da colaboração premiada. Isto com o fim de observar como o Tribunal vem interpretando algumas questões relacionadas à temática, bem como verificar alguns entendimentos consolidados sobre o tema. Passemos à análise.

3.2.1. MCMS 34.381

Um julgado destacado por Rosa (2018) sublinha que o STF, em 04/08/2017, em sede de julgamento do MCMS 34.831⁸⁷, de relatoria do Min. Celso de Mello, fixou o seguinte entendimento sobre a delação premiada:

⁸⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 329

⁸⁵ Disponível em [https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/do-supremo/aras-ve-tracos-de-deslealdade-em-delacao-da-jf-e-pede-homologacao-de-rescisao-04112019]. Acesso em 12/11/2019.

⁸⁶ Sobre a ordem de apresentação das alegações finais, ver posicionamento recente do STF, no item 3.2.3.

⁸⁷ MCMS 34.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04.08.2017

- “a) a delação premiada é válida e compatível com a Constituição;
- b) a negociação é ampla em relação às penas, regimes e modo de cumprimento, podendo incluir imunidade e perdão judicial aos delatores e familiares;
- c) compete ao Estado e ao delator, necessariamente acompanhado de advogado, negociar as cláusulas contratuais do termo, cabendo ao Judiciário o papel de controle formal das cláusulas e da manifestação da vontade;
- d) a delação não é meio de prova e sim instrumento de obtenção de prova, sendo incabível a condenação com base exclusivamente no depoimento do delator;
- e) falta legitimidade para que terceiros possam impugnar os termos da delação, por se tratar de negócio personalíssimo;
- f) os delatados podem confrontar os delatores nos respectivos processos que forem denunciados;
- g) ao relator nos Tribunais (STF, STJ, TRFs e TJs) cabe a homologação dos termos do acordo, sem necessidade de manifestação do plenário;
- h) o controle da autonomia privada pode/deve ser realizado pelo juiz-homologador.”⁸⁸

3.2.2. HC 127.483

No emblemático julgamento do Habeas Corpus (HC) 127.483, já abordado no presente trabalho, de relatoria do Min. Dias Toffoli, definiu-se a natureza jurídica da colaboração premiada, qual seja, de meio de obtenção de prova e proibiu-se o uso cruzado de delações para amparar condenação, isto é, definiu-se que dois depoimentos de colaboradores são insuficientes para afirmar um fato, para fundamentar uma condenação. Nesse sentido, destaco trecho do julgado:

“A colaboração premiada, por expressa determinação legal (art. 3º, I da Lei nº 12.850/13), é um **meio de obtenção de prova**, assim como o são a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas ou o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (incisos IV a VI do referido dispositivo legal)

(...)

Nesse sentido, dispõe o art. 4º, § 16, da Lei nº 12.850/13 que “**nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador**”. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, há muito, assentou o entendimento de que “a delação, de forma isolada, não respalda condenação” (HC nº 75.226/MS, Segunda Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJ de 19/9/97), e de que “a chamada de corrêus, retratada ou não em juízo, não pode servir como fundamento exclusivo da condenação”, mas tão somente “como elemento ancilar da decisão” (HC nº 90.708/BA, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 13/4/07). (Grifos nossos)”⁸⁹

⁸⁸ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. Cit., pág. 32.

⁸⁹ STF, HC 127.483/PR, Plenário, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015, fls. 18-21.

3.2.3.HC 166373

Em sessão de julgamento do dia 02/10/2019, o STF firmou entendimento, segundo o qual os delatados têm direito a apresentar alegações finais depois dos delatores. O tema foi debatido em sede do Habeas Corpus (HC) 166373, impetrado por Márcio de Almeida Ferreira, ex-gerente de empreendimentos da Petrobras, condenado no âmbito da Operação Lava Jato. O impetrante alegou que, mesmo tendo sido delatado, teve de apresentar suas alegações finais de forma concomitante com os réus que haviam firmado acordo de colaboração premiada, o que teria prejudicado seu exercício ao direito da ampla defesa e do contraditório.

Em seu voto, o Min. Dias Toffoli ressaltou que, para se beneficiar do acordo de delação, o colaborador é obrigado a falar contra o delatado e se torna, na prática, uma testemunha de acusação. Para o presidente, o exercício do contraditório só será exercido plenamente se o delatado se manifestar por último. Caso contrário, não terá a possibilidade de contradizer todas as acusações que possam levar à sua condenação. No caso de ações penais já concluídas, o ministro considera ser necessária a comprovação de que houve prejuízo para a defesa para que o processo retorne à fase de alegações finais.⁹⁰

Nesse diapasão, prevaleceu o entendimento de que, como os interesses são conflitantes, a concessão de prazos sucessivos, a fim de possibilitar que o delatado se manifeste por último, assegura o direito fundamental da ampla defesa e do contraditório. E, portanto, em ações penais com réus colaboradores e não colaboradores, é direito dos delatados apresentarem as alegações finais depois dos réus que firmaram acordo de colaboração premiada.

Com a decisão, que colaciono abaixo, foi anulada a condenação do ex-gerente de empreendimentos da Petrobras e determinou-se que o processo retorne à fase de alegações finais para que o acusado possa se manifestar:

“O Tribunal, por maioria, concedeu a ordem de *habeas corpus*, para anular a decisão do juízo de primeiro grau, determinando-se o retorno dos autos à fase de alegações finais, a qual deverá seguir a ordem constitucional sucessiva, ou seja, primeiro a acusação, depois o delator e por fim o delatado, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin

⁹⁰ Disponível em [<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=425282>]. Acesso em 12/11/2019.

(Relator), Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. Prosseguindo no julgamento e após proposta feita pelo Ministro Dias Toffoli (Presidente), o Tribunal, por maioria, decidiu pela formulação de tese em relação ao tema discutido e votado neste *habeas corpus*, já julgado, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Em seguida, o julgamento foi suspenso para fixação da tese em assentada posterior.”⁹¹

3.2.4. AP 1003/DF

No julgamento da Ação Penal 1003, de relatoria do Min. Edson Fachin, reafirmou-se o entendimento segundo o qual a natureza jurídica da colaboração premiada é de meio de obtenção de prova, sendo, dessa forma, insuficiente para fundamentar por si só uma eventual condenação penal. Nas palavras assentadas pelo STF:

“A colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, tem aptidão para autorizar a deflagração da investigação preliminar, visando à aquisição de coisas materiais, traços ou declarações dotados de força probatória. Essa, em verdade, constitui sua verdadeira vocação probatória. Todavia, os depoimentos do colaborador premiado, sem outras provas idôneas de corroboração, não se revestem de densidade suficiente para lastrear um juízo condenatório”.⁹²

3.2.5. PET 7074

No julgamento da PET 7074, de relatoria do Min. Edson Fachin, reafirmou-se a atribuição do Relator (em caso de acordo celebrado perante Juízo colegiado), que poderá, monocraticamente, homologar o acordo sob a perspectiva formal (sem análise de mérito do conteúdo) e a do colegiado, que deverá avaliar, em decisão final, o cumprimento dos termos e a eficácia do acordo para a concessão definitiva dos benefícios. Tal quadro fático acomoda-se nas seguintes teses:

“Sendo o acordo de “colaboração premiada” um “meio de obtenção de prova” (art. 3º da Lei nº 12.850/13), assim como busca e apreensão, interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário e fiscal, como bem salientado no magistral voto do Ministro DIAS TOFFOLI (HC 127483), nos termos do art. 21, I e II, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, o relator tem poderes instrutórios para, monocraticamente, homologá-lo (art. 4º, §7º, da Lei nº 12.850/13).

(...)

⁹¹ STF, HC 166373, Rel. Min. Edson Fachin, Plenário, j. 02.10.2019.

⁹² STF, AP 1003/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, j. 19.06.2018. p. 03.

No momento da decisão final de mérito, o órgão colegiado (Turma ou Plenário) deverá analisar a colaboração premiada e as provas dela derivadas, assim como o fará em relação a todos os meios de prova (interceptação, quebra de sigilo bancário, mandado de busca e apreensão, etc.), no intuito de formar sua convicção e julgar.”⁹³

⁹³ STF, Pet 7074/DF, Plenário, Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017, fls. 25-26.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a insuficiência estatal em combater a criminalidade organizada principalmente em crimes de lavagem de recursos, nos quais o objetivo é justamente ocultar crimes, o que dificulta a investigação, anunciou que novos mecanismos de resolução de conflitos seriam buscados para que o estado pudesse responder às novas modalidades criminosas, com as quais não estava acostumado a reprimir.

Tal quadro fático aliado ao clamor social pelo combate à corrupção fez com que novos meios de obtenção de provas surgissem no cenário prático processual penal brasileiro. Nesse contexto, o instituto da colaboração premiada mostrou-se eficiente na reprimenda estatal, garantindo a persecução estatal nos “novos delitos”. Dito de outra forma, limitações estatais foram preenchidas pelos conteúdos negociados no bojo de colaborações premiadas.

Ocorre que, o consenso no processo penal brasileiro, da maneira como foi implementado ao ordenamento jurídico, importado de matriz teórica diversa (*common law*), sem que fossem feitas as devidas adaptações à realidade processual pátria, acaba por acarretar a flexibilização do processo penal clássico. Isso porque o direito a defesa é mitigado e o processo penal acusatório não acontece da maneira que deveria acontecer.

Com o objetivo de compreender tal fenômeno, propôs-se no presente trabalho uma interpretação do instituto da colaboração premiada à luz da Teoria dos Jogos. Nas palavras de Rosa (2018): “a novidade da delação modificou o modo como se atribui responsabilidade penal, antecipando efeitos, modulando a normatividade em ambiente negocial, desprovido de regras claras, deixando margem ao império do negócio jurídico e amplitude negocial”.⁹⁴

Dada a opacidade das regras que regulamentam a delação premiada no Brasil, a experiência do instituto se formou a partir de hábitos e práticas construídos intuitivamente no mercado de compra e venda de informações.

⁹⁴ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 338.

“Os agentes procedimentais operam a partir da lógica econômica do custo/benefício, atendendo a motivações/recompensas individuais, na amplitude negocial que o jogo proporcionou”.⁹⁵ Do ponto de vista do delator, este busca que o conteúdo a ser delatado tenha valor de compra, isto é, que desperte interesse do jogador da acusação, no campo negocial, em compra-lo, para que possa alcançar desconto ou isenção da pena; enquanto o Estado, por sua vez, usa as informações contra terceiros, garantindo a persecução penal.

Com efeito, a teoria dos jogos parte da premissa de que os jogadores são indivíduos maximizadores da utilidade racional, no entanto, observou-se que exceções fáticas das mais diversas ordens podem influenciar nos resultados, derrotando perspectivas autointeressadas. A exemplo disso, “a percepção individual do caso pode estar associada a aspectos emocionais que turvam os fatores racionais”. Diante disso, é insuficiente apenas ter uma leitura adequada do jogo, devendo-se ter a capacidade de adaptação ao dinamismo do campo negocial.

Conclui-se que com a finalidade de se estancar a criminalidade organizada, alcançando-se assim maior funcionalidade e eficiência processual, sem que garantias individuais sejam flexibilizadas, algumas medidas precisam ser tomadas e adaptações em observância ao ordenamento jurídico brasileiro sejam feitas.

Nesse diapasão, em respeito ao princípio do contraditório sugere-se que a cláusula do sigilo seja desfeita, de modo a permitir que os indivíduos delatados tenham acesso ao conteúdo que os incrimina, podendo, dessa forma, impugná-lo e produzir contraprova. Diante disso, propõe-se que em sendo a cláusula do sigilo abolida, a fim de salvaguardar a integridade física do colaborador, que sejam protegidos seu nome e suas informações pessoais.⁹⁶

Ademais, propõe-se que haja uma estipulação temporal das condições impostas ao colaborador no termo de acordo, ficando este restrito tão somente ao objeto daquela delação, e não refém de um pacto para toda a vida.

Além disso, sugestiona-se, como garantia da imparcialidade, que o Magistrado responsável pela homologação do acordo fique vedado a participar de outros atos ou

⁹⁵ ROSA, Alexandre Morais da. Op. Cit., pág. 339.

⁹⁶ SARKIS, Jamilla Monteiro. Op.Cit., pág. 225.

procedimentos relacionados aos tópicos, provas e indivíduos envolvidos na colaboração premiada, para que se evite contaminação ou comprometimento psicológico de decisões futuras.

Em resumo, faz-se necessário que as regras do jogo sejam claras, a fim de evitar a relativização de direitos, permitindo assim a aplicação uniforme do instituto da colaboração premiada. Afinal, a eficiência do processo penal não pode estar ligada tão somente ao alargamento da repressão estatal, reprimindo-se a qualquer custo. Deve-se, portanto, aliar a reprimenda do Estado aos direitos e garantias democraticamente previstos. “Game over”⁹⁷.

⁹⁷ ROSA, Alexandre Moraes da. Op. Cit., pág. 346.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. **Diário Oficial da União (DOU)**, Poder Executivo, Brasília, DF, 03 ago. 2013.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José, da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República do Brasil**, Brasília, DF, 09 de novembro de 1992. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>.

_____. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, que institui o Código de Processo penal. Redação original. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/19401949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

GONÇALVES, Lucas Pardini. O interrogatório no processo penal sob a óptica da teoria dos jogos. A relevância do momento da oitiva do acusado. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 17, n. 71, p. 159-183., out./dez. 2018. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=147704. Acesso em: 28 out. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

Manual da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro - ENCCLA sobre colaboração premiada.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13). *Revista Custos Legis*, vol. 04, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**, 12ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico**. Florianópolis: EModara, 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARKIS, Jamilla Monteiro. **Delação premiada: limites constitucionais à confiabilidade e corroboração**. São Paulo: IBCCRIM, 2019.

SUXBERGER, Antonio H. G.; MELLO, Gabriela S. J. V. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.40>.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.